

JUSTIÇA CIVIL

CONSTITUIÇÃO
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL



R\$ 16,90

MINISTRO JOSÉ ANTONIO TOFFOLI
**A AGU ABERTA ÀS DEMANDAS
DA POPULAÇÃO**

Editorial: 100 ANOS DE LUTA PELA LIBERDADE

DIREITO DO CONSUMIDOR – VISÃO EMPRESARIAL

Antonio Carlos Esteves Torres

Desembargador do TJ/RJ

Direito do Consumidor – Princípios

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, já se aproxima da maioria e, em termos sistêmico-legislativos e interpretativos, ainda suscita debate. Para lembrar a complexidade da análise, basta recordar que o Direito do Consumidor vem sufragado em densos cânones constitucionais, ao estilo impositivo de garantia fundamental, incisivamente exposto no art. 5º, inciso XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

A Constituição de 1988, embora com arroubos políticos de reinício democrático, é um diploma de reconhecida natureza diretiva dos destinos da sociedade brasileira e, neste particular, arremata este compromisso, conjugando-o aos princípios gerais da atividade econômica, constantes do art. 170, da Lei Maior, em que, mais uma vez, agora no seu inciso V, ratifica e ressalta a preservação da defesa do consumidor.

A defesa do mais fraco, numa relação entre desiguais em poder e força, remete ao fato de que as fórmulas dogmáticas preservativas dos direitos do consumidor já se encontravam latentes em dispositivos como os dos arts. 2º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, pioneiramente, já previam a convalidação de diplomas legislativos na existência concomitante da preservação do império da lei, do uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito, e, o que mais nos interessa, para esta pequena exposição, os fins sociais a que o Direito Positivo se dirige, tendo em mira o bem comum.

Proteção ao consumidor – Revolução – Limites

A legislação consumerista inserida em arena de embates

sociais, segundo os seus próprios artífices, precisou de meneios de inteligência para sua aprovação no Congresso, como lembram os autores do anteprojeto: “A dissimulação daquilo que era Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o *lobby* dos empresários, notadamente os da construção civil, dos consórcios e dos supermercados – prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas – buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um *iter* legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado”. A artimanha – superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo a que a Constituição chamava de Código “assim não o era”, também suscitou reações exacerbadas. Do lado dos consumidores, houve quem desenganadamente assegurasse que “agora podemos comprar e não pagar”. A aplicação da lei especial e revolucionária foi contestada com disputas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, como foi o caso das entidades financeiras, no julgado que se reproduz:

“ADIn-ED 2.591 / DF - DISTRITO FEDERAL
EMB. DECL. NA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. EROS GRAU
Julgamento: 14/12/2006
Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação DJ 13-04-2007 PP-00083
EMENT VOL-02271-01 PP-00055
Parte(s) EMBTE (S) PROCURADORIA-GERAL
DA REPÚBLICA

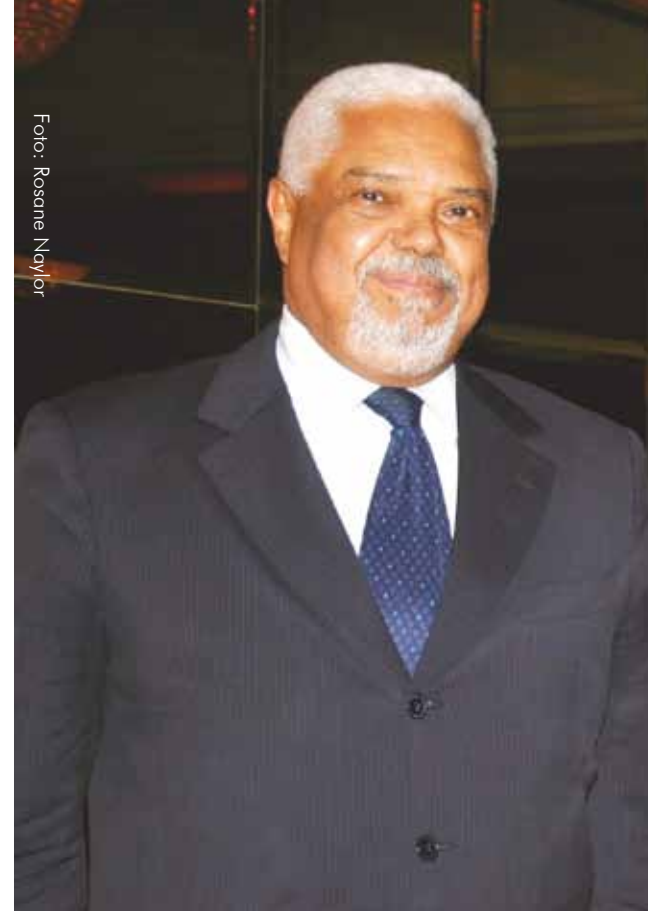


Foto: Rosane Naylor

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR *AMICUS CURIAE*. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec). As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de *amicus curiae*. 2. Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo Brasilcon e pelo Idec. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso:

ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente.”

Os princípios que regem a teoria dos contratos, como o império da manifestação da vontade e o da observância da boa-fé, mesmo com as exigências modernas de atendimento dos denominados direitos difusos, de última geração, não se extinguem. O que se passa a exigir é que, para a manutenção do equilíbrio, ou do sinalagma – a relação de reciprocidade existente entre a prestação e a contraprestação no ajuste de interesses mediante a intervenção estatal – a vulnerabilidade do consumidor seja compensada através de mecânicas como a exponenciação no Direito Positivo da responsabilidade objetiva que incide sobre a parcela de atuação dos produtores e fornecedores, que só afastam esta presunção, que dispensa se demonstre a culpa do agente provocador de dano, nas hipóteses de inexistência de nexo causal ou de culpa exclusiva da vítima, como previsto no art. 12 do CDC. Com estes parâmetros, instituíram-se as estacas da tutela dos direitos dos consumidores, garantindo-se a igualdade entre desiguais.

Antes das alterações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 1939, as regras sobre abuso de direito, previstas no art. 160 do Código Civil de 1916, eram transportadas para o cenário processual, com a repulsa das atuações anormais, com respeito a qualquer exercício de direito. Hoje, o procedimento está consolidado, seja pelo alcance dos artigos 14, 17 e 125 do CPC, e ainda pela própria dogmática presente nas alterações introduzidas no Código Civil de 2002, especialmente com atinência aos comandos dos artigos 186, 187, 422 e 927, cujos princípios se encontram inseridos na ordem processual, com o trânsito pelas regras especificadas na Lei nº 8.078/90, que também faz remissão aos ditames processuais, como dispõe expressamente o seu art. 90.

Para a consecução dos objetivos de interpretação, no exercício das funções jurídicas, cumpre, assim, observar que não se afastou a disciplina legal teórica do contrato, com os seus elementos objetivos conformadores da tessitura social, juridicamente preservada. Entretanto, como leciona Theodoro Júnior, embora o juiz tenha “mais flexibilidade para aplicar o princípio da boa-fé objetiva” não há de considerar a fórmula “uma panaceia de cunho moral a ser indiscriminadamente aplicada” a ponto de desrespeitar um modelo jurídico.

O Empresário – A função social da empresa

Para dirimir litígios jurisprudenciais e dogmáticos é preciso

“NEM A SUPERIORIDADE
TÉCNICA E ECONÔMICA
DO FORNECEDOR/
PRODUTOR PODE
JUSTIFICAR, POR SI SÓ, A
TOMADA DE POSIÇÕES
PRECONCEBIDAS
CONTRA O MAIS FORTE,
NEM A RECONHECIDA
VULNERABILIDADE DO
CONSUMIDOR DEVE
SER CONSIDERADA
COMO UM PANO DE
FUNDO INVARIÁVEL, A
CONSTRUIR CENÁRIOS
DE MÁ INTERPRETAÇÃO
JURÍDICA.”

retornar ao âmagô ontológico da matéria, valendo lembrar, mais uma vez, que o fundo filosófico que comanda a legislação especializada tem natureza constitucional e o seu compromisso com a efetividade levou o legislador constituinte a ratificá-lo no art. 48 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e determinar que, em 120 dias a contar da promulgação da Lei Fundamental, o Congresso elaboraria o Código de Defesa do Consumidor. Em decorrência, estava cancelada a vestimenta sociológica de gala do Diploma que estava por vir, ressaltando-se a relação com a sociedade antes mesmo da relação com o consumidor, especificados, nesta altura, os parâmetros significantes e significados, continentes e conteúdos. Os autores do anteprojeto, mais à frente, ressaltariam a importância da boa-fé como princípio dominante no microsistema do Código de Defesa do Consumidor ou, nas próprias palavras dos juristas, “um princípio síntese da *ratio* protetiva dos consumidores”, o que “em nosso tema poderíamos afirmar que o aqui denominado

‘diálogo sistemático’ é o diálogo dominante ou o fenômeno síntese da nova visão dos ‘conflitos de leis no tempo’. Sendo assim, se nossas observações na primeira parte do artigo já eram sobre ‘diálogos’ no sistema, queremos agora analisar os outros dois tipos de diálogos sistemáticos: um diálogo de influências recíprocas sistemáticas entre estas duas leis e a adaptação do sistema, com uma possível redefinição do campo de aplicação do CDC, ao sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, e uma possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas com o uso do CDC, no que diz respeito, por exemplo, à contratação conforme a boa-fé e ao combate das cláusulas abusivas”.

Estavam aí lançadas as bases para que a relação empresário/consumidor se encontrasse no caminho do fim social da empresa. Repetindo o dogma, a relação se desenvolve com vistas à composição do tecido social, buscando efetivo equilíbrio entre os poderosos e os mais fracos, ajustando as diferenças através do catalisador legal. É bem de ver, no que Claudia Lima Marques acolheu como sendo diálogo das fontes, inspirada em lições européias, que esta “conversa” entre sistemas, consumerista (especial) e civilista (geral), transita, mais uma vez, pelo aconselhamento da Lei de Introdução ao Código Civil, dessa vez na determinação de que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior” (art. 2º, § 2º).

Por alguma razão inexplicável, esta regra basilar não vem sendo claramente utilizada para situações que, às vezes, repetem até a mesma redação. É só ler o conteúdo do art. 461, do CPC, e do art. 84, do CDC. O texto é o mesmo: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Neste diapasão, embora com os cuidados equiparativos de situações diversas quanto ao poder econômico ou social, como já dito acima, a autonomia da vontade não está revogada. As partes ainda contratam porque querem. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, como assevera a Constituição, em seu art. 5º, inciso II.

É certo que a velocidade do progresso social, cada vez mais intensa, acabou por exigir fórmulas mais expeditas e eficazes de contratação. É impossível imaginar, sequer, que uma loja de departamentos, para vender escovas de dentes ou colares de pérola, discuta com cada interessado nos produtos as cláusulas do encontro de suas vontades. O que um lado deseja é vender e o outro comprar. Está nesta declaração simplória, diante das circunstâncias especiais da massa, o berço dos contratos de adesão que, no entanto, não podem quedar-se ao talante da parte mais bem estruturada, que se obriga a observar, não só os princípios da boa-fé objetiva, a que alude o art. 422 do Código Civil, mas, ainda, estar em congruência com o sistema nivelador de situações díspares, sujeitando-se os resultados maléficis aos efeitos da nulidade, nos moldes do art. 51, inciso IV, do CDC.

A teoria da responsabilidade objetiva, que dispensa

indagações sobre a atuação culposa do responsável pelo dano, não é absoluta na espécie de relação. Nem se poderia admitir que assim fosse porque, como se expõe no art. 14, do CDC, não se perquire sobre a culpa “pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”, abrindo-se, entretanto, a possibilidade de afastar a responsabilização quando o fato não existir ou a culpa pela ocorrência for da vítima ou de terceiro.

Como se vê, com estas observações tiradas do livro “*Ética de La Empresa*”, o exame de questões que tratam desta delicada relação, faz subir o grau de responsabilidade de qualquer participante no mundo jurídico, em especial, a do juiz.

Existência do fato danoso – Imperceptibilidade da culpa exclusiva da vítima

Rememora-se a tese de que os contratos, mesmo os de natureza consumerista, não estão dispensados da preservação do equilíbrio entre as partes deles participantes, considerando-se ato ilícito o excesso dos limites impostos pela aura de boa-fé e salvaguarda dos bons costumes, infringentes do fim econômico e social da avença, como se extrai do art. 187 do CC, aplicável subsidiariamente, em razão principiológica, aos casos do CDC, cujo art. 7º ressalva a admissão da incidência de outros diplomas legislativos, dos princípios gerais do Direito, da analogia, dos costumes e da equidade.

O trabalho dos juízes está inexoravelmente submetido a complicadores de interpretação e de aplicação do Direito que tornam a missão de fazer justiça indizivelmente mais pesada, mais técnica, menos compreendida e respeitada.

É curioso como em pleitos revisionais de contratos financeiros a matéria juros é tratada sem a menor cerimônia e com surpreendente desfaçatez.

Compreende-se que os operadores do Direito estejam dispensados do grau de doutores em economia ou matemática financeira. Mas não se admitem as falhas e deslizes cometidos em pedidos e mesmo em decisões completamente dissociadas dos conceitos do que seja preço do dinheiro, funções da moeda, taxa de juros, anatocismo, comissão de permanência, custo de serviço, de modo a englobá-los confusamente com o intuito de fazer surgir a falácia do abuso financeiro. Um outro canal de entrada para o cometimento de ilícitos em busca de ganhos fáceis é o mau uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, como se colhe dos artigos 28 do CDC e 50 do CC.

Essa transposição, no mais das vezes, só é admitida mediante exame da incidência das condições que a preconizam, o que, numa primeira vista, torna dificultada a manutenção da tese da responsabilidade objetiva, adotada, principiológicamente, pelo CDC. Para este particular, só dependem do exame da culpa os casos em que se envolvam sociedades coligadas, aquelas cuja participação no capital de outra é de 10% ou mais, sem relação de controle, nos termos do art. 243 da Lei nº 6.404/76.

Seja de que forma for, os operadores do Direito, no afã

de recuperar os créditos de seus clientes, e alguns juízes, para tornar mais célere (apressada?) a resolução de processos, acabam por atropelar conceitos e alargar considerações jurídicas nem sempre adequadas ao deslinde do impasse. Márcio Tadeu, jovem competente jurista (e a juventude interpreta o futuro da modernidade para as dificuldades conceituais do presente), no calor de sua produção corajosa, embora admitindo a validade da tese, demonstra ressentimentos quanto ao mau uso das fórmulas de análise do fenômeno responsabilizador dos administradores, porque não “se pode dizer o mesmo dos mecanismos através dos quais está se implementando a sua responsabilização”.

Conclusão

O consumidor está tão jungido aos efeitos da boa-fé objetiva quanto o produtor ou fornecedor. As partes, neste particular, estão obrigadas igualmente, sem exceções. Aí reside o centro dos desafios postos ao mister de julgar. O equilíbrio a ser garantido pelo julgador não pode se render a qualquer prevalência de um lado ou do outro. Nem a superioridade técnica e econômica do fornecedor/ produtor pode justificar, por si só, a tomada de posições preconcebidas contra o mais forte, nem a reconhecida vulnerabilidade do consumidor deve ser considerada como um pano de fundo invariável, a construir cenários de má interpretação jurídica.

Vê-se da leitura do art. 187 do CC, aplicável, em termos genéricos, às circunstâncias das relações consumeristas, que esta obrigação de ordem moral, materializada no Direito Positivo, se estende a ambas partes da relação. É o caminho da técnica legislativa para interpretação conveniente à finalidade equiparadora entre desiguais.

A leitura dos artigos 28 do CDC e 50 do CC aponta para circunstâncias carentes de exame mais acurado – tais como abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, desvio de finalidade e confusão patrimonial –, cuja configuração só é possível mediante produção de prova. Em muitas situações, a intenção ou o desejo de ressarcimento ou de ganho ilícito transpassa os limites do significado deste instituto de inegável validade, mas de perigosa aplicação. Sócios – pessoas físicas, e sociedade – pessoa jurídica, mantêm, ainda, as suas diferenças estruturais e dogmáticas, só dissolvidas mediante a verificação daquelas condições descaracterizadoras da personalidade jurídica, carentes, por sem dúvida, de análise profunda e cuidadosa.

Nessa espécie de abordagem, a separação do joio do trigo é a função mais importante do magistrado que deve estar preparado para apreciar esses valores e aplicar as normas e princípios que lhes sejam correspondentes, não se deixando levar pela falsa impressão ideológica de que o consumidor tem razão sempre, invariavelmente. Quem tem razão sempre é o cliente, que mantenha a compostura incensurável dos homens de bem, evitando o emprego de expedientes desonestos e aproveitadores, via de abuso de direito perpetrado pelo consumidor, como parte vulnerável.

Esta é a mensagem da manifestação.

